

# Tendências do **Direito** **Concorrencial** no **Brasil 2023**



Concorrencial  
e Antitruste

Lefosse

# Tendências do Direito Concorrencial no Brasil para 2023

## ÍNDICE

I. O que esperar de 2023? .....	3
II. Organização Institucional: desenvolvimentos importantes em 2023 .....	3
2.1 Novos Conselheiros .....	3
2.2 Mudanças no CADE a partir do novo Governo .....	3
2.3 O CADE e o Poder Judiciário: avanços e tendências .....	4
2.4 A nova lei de Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDCs) .....	5
III. Cartéis e acordos entre concorrentes: tendências .....	6
3.1 Discussões sobre a responsabilização de pessoas físicas ..	6
3.2 Valor de multas e acordos no CADE .....	6
3.3 Aplicação de sanções não pecuniárias .....	7
3.4 Trocas de informações concorrencialmente sensíveis .....	7
3.5 Antitruste e Mercado de Trabalho seguem na pauta .....	8
IV. Condutas Unilaterais: tendências .....	9
4.1 A nova Coordenação especializada em condutas unilaterais .....	9
4.2 Plataformas digitais: publicidade pode ser alvo preferencial .....	9
4.3 Medidas Preventivas .....	10
V. Atos de Concentração .....	11
5.1 Manifestações do novo SG sobre maior agilidade na análise dos casos .....	11
5.2 Novo guia de análise de operações verticais .....	11
5.3 Modificação sutil do critério de identificação de grupo econômico para fins de cálculo do faturamento .....	12
5.4 Casos especiais de notificação de aquisições de ativos: imóveis e casos envolvendo a autoprodução/geração distribuída de energia .....	12
5.5 Postura mais combativa contra grandes concentrações chegará ao Brasil? .....	13
5.6 Inflação X Concentração? .....	14
5.7 <i>Killer acquisitions</i> no radar? .....	15

## I. O QUE ESPERAR DE 2023?

Nossa equipe preparou um panorama dos principais temas que devem ocupar e nortear a defesa da concorrência no Brasil neste ano que se inicia. A mudança de governo no país é importante e tem seu peso na definição de grandes agendas de investimento e foco públicos, especialmente diante do término de diversos mandatos no CADE. De toda forma, a pauta da autoridade tende a permanecer relativamente independente e autônoma, especialmente em um cenário internacional ainda

de permanente contestação à aplicação mais tradicional e ortodoxa do direito concorrencial, que segue aquela sendo adotada pela autoridade brasileira.

Abaixo apontamos tendências e desenvolvimentos recentes que podem jogar luz sobre o comportamento da autoridade concorrencial neste ano.

Esperamos que estes breves apontamentos sejam úteis e desejamos uma boa leitura e um excelente ano a todos.

## II. ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL: DESENVOLVIMENTOS IMPORTANTES EM 2023

### 2.1. Novos Conselheiros

A partir de outubro de 2023 quatro conselheiros do Tribunal do CADE encerrarão seus mandatos. Na primeira quinzena, os mandatos dos Conselheiros Sérgio Ravagnani, Lenisa Prado e Luiz Hoffmann chegarão ao fim; já o mandato do Conselheiro Luis Braido se encerrará no início de novembro, de forma que permanecem os Conselheiros Gustavo Augusto (até abril/2026) e Victor Fernandes (até junho/2026) e o Presidente do Tribunal, Alexandre Cordeiro (até julho/2025). Com isso, o novo Governo poderia ser responsável

pela indicação da maioria dos membros do Tribunal já em 2023.

Contudo, é possível que, ao final de 2023, haja apenas dois nomes no Conselho indicados pelo novo Governo: o Projeto de Lei 4323/2019, que reduz o número de conselheiros de seis para quatro membros, além do presidente, caminha a passos largos para uma aprovação célere no Congresso Nacional. Caso isto se confirme, o novo Governo passa a indicar apenas dois membros do Tribunal.

### 2.2. Mudanças no CADE a partir do novo Governo

Além da indicação de novos conselheiros, o novo Governo poderá influenciar de maneira relevante a atuação do CADE, com o envio de pautas alinhadas aos futuros projetos, especialmente aqueles relacionados à infraestrutura.

Um primeiro tema, que poderá entrar na pauta do CADE já no início do ano, está relacionado aos acordos firmados com a Petrobras. Em 2019, a empresa assinou Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) com o CADE, envolvendo os mercados de refino e produção de gás natural, por meio dos quais se

comprometeu a alienar inúmeros ativos nesses setores. Tais acordos estão em processo de execução e ainda não foram cumpridos em sua totalidade.

Um segundo tema que poderá ser encaminhado pelo Governo eleito é a edição de uma regulamentação setorial de mercados e plataformas digitais. Membros da equipe de transição do novo Governo já sinalizaram o interesse na adoção de regulação específica para as plataformas digitais ainda em

2023, em movimento próximo ao [adotado pela Europa](#). Nos últimos anos, as principais autoridades de defesa da concorrência na Europa e nos Estados Unidos têm adotado posturas mais incisivas e restritivas contra empresas desse setor. Com o início do novo Governo e a nomeação dos novos conselheiros do Tribunal do CADE, será possível ter uma perspectiva mais clara se, de fato, será adotada uma postura mais rígida sobre as empresas atuantes nesses mercados.

### 2.3. O CADE e o Poder Judiciário: avanços e tendências

Ao longo do ano de 2022 algumas decisões importantes do CADE foram revistas pelo Poder Judiciário, demonstrando que o princípio da deferência às decisões de órgãos técnicos pode ser afastado quando são discutidas questões juridicamente sensíveis.

Em Novembro de 2022 a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) anulou a decisão do CADE que condenou uma siderúrgica por formação de cartel no mercado de vergalhões de aço. O STJ entendeu que o CADE não observou o princípio do devido e regular [processo administrativo](#), uma vez que o julgamento deveria ter sido reiniciado após a produção da prova pericial de natureza econômica requerida pela empresa.

Também em novembro, a 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores, do Tribunal de Justiça de São Paulo, [absolveu](#), por insuficiência de provas, representantes de empresas produtoras de aquecedores solares que haviam sido acusados

de formação de cartel e fraude à licitação. Esta mesma conduta foi investigada pelo CADE no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24, que culminou na condenação das empresas e pessoas físicas representadas. Em sua decisão [o CADE ressalta](#), inclusive, a suficiência de provas indiretas para a comprovação de cartéis em licitações. Como a prática de cartel é punida tanto no âmbito da lei concorrencial (Lei 12.529) como da lei penal (Lei 8.137/90), a decisão da justiça paulista não anula, de forma automática, a decisão administrativa. O precedente judicial, contudo, certamente será considerado nas futuras decisões do CADE, fazendo com que o conjunto probatório apto a justificar uma condenação deva ser mais robusto.

Por fim, após 22 anos, encerrou-se o processo em que se questionou a aplicação de multa pelo CADE no chamado *Cartel do Aço*. [O Supremo Tribunal Federal \(STF\) decidiu pela manutenção da multa](#) de R\$ 22 milhões aplicada pelo órgão antitruste, valor que ainda deve ser atualizado pela SELIC.



## 2.4. A nova lei de Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDCs)

A Lei nº 14.470/2022, sancionada em novembro deste ano – objeto da [nossa Newsletter de julho](#) – inseriu alterações relevantes na legislação concorrencial com novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica, notadamente relacionadas às chamadas Ações de Reparação por Danos Concorrenciais.

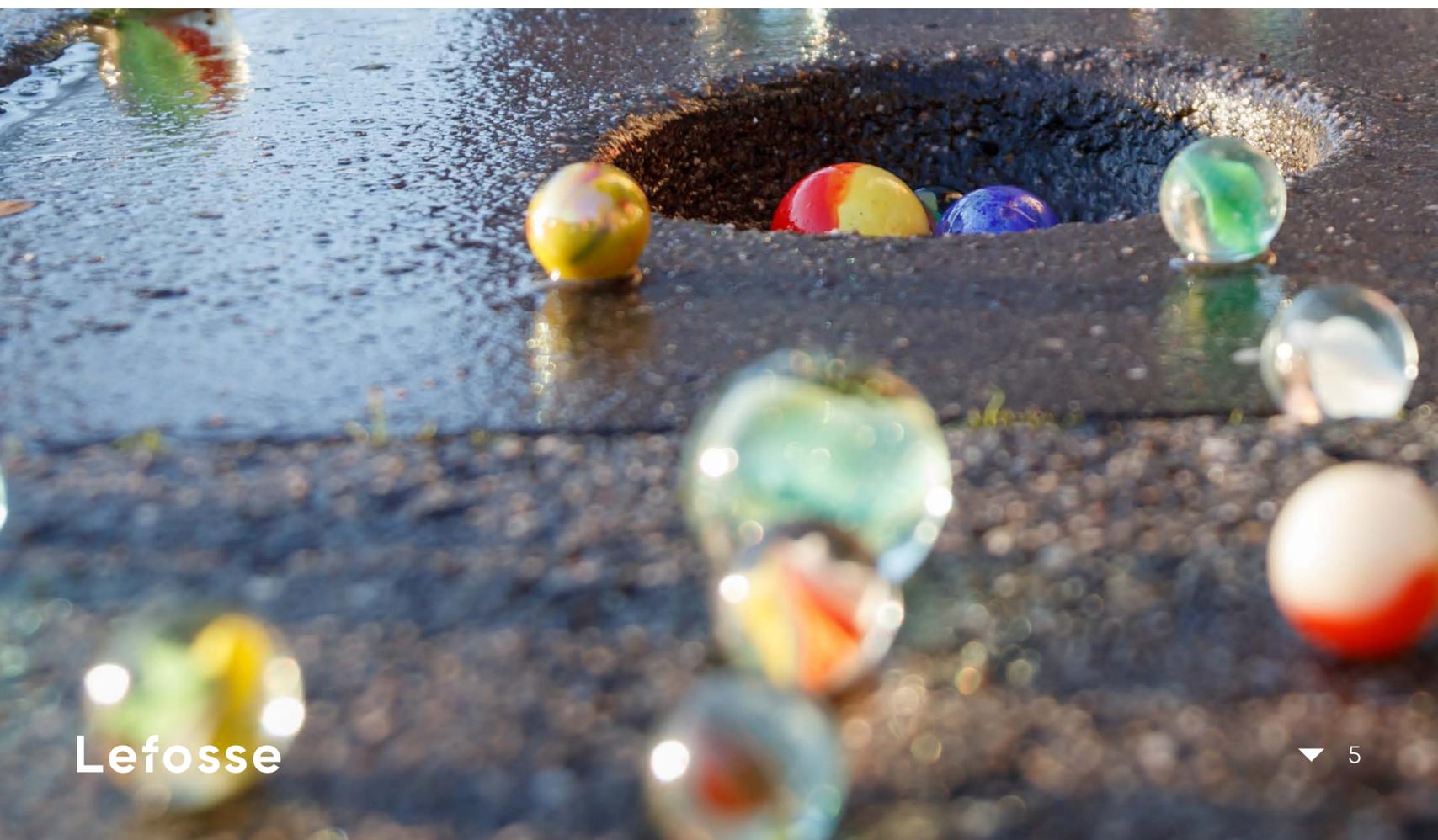
As principais inovações trazidas pela nova Lei são:

(i) os prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de cartel ou da conduta de promoção, obtenção ou influência de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (ii) o infrator que colaborar com as investigações do CADE não precisará pagar a indenização em dobro; (iii) não se presumirá o repasse de sobrepreço nos casos das infrações de cartel ou de promoção, obtenção ou

influência de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, cabendo a prova ao réu que assim o alegar; e (iv) a decisão do Plenário do Tribunal do CADE poderá ser considerada pelo juiz competente da ARDC para a concessão de medidas liminares no âmbito do processo.

A Lei nº 14.470/2022 também definiu de forma expressa o prazo de prescrição aplicável às ARDCs: cinco anos, contados a partir da publicação da decisão final do CADE no âmbito do respectivo processo administrativo sancionador.

Com a nova lei espera-se o aumento no número dessas ações, bem como a criação de ainda mais incentivos para a celebração de acordos entre o CADE e as partes investigadas por práticas anticompetitivas.



### III. CARTÉIS E ACORDOS ENTRE CONCORRENTES: TENDÊNCIAS

#### 3.1. Discussões sobre a responsabilização de pessoas físicas

Nos últimos meses a discussão acerca da responsabilização de pessoas físicas investigadas por supostas infrações à ordem econômica ganhou relevância nas sessões de julgamento do CADE.

Segundo entendimento ainda minoritário no Tribunal, a Lei nº 12.529/2011 não autoriza a aplicação de multa a pessoas físicas não administradoras. Segundo o entendimento exposto pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani, que inaugurou a discussão, o art. 37 da Lei, em seus incisos I e II, tem por base a ideia de responsabilização objetiva pela prática de condutas anticompetitivas, fazendo a distinção da multa aplicável nos casos em que o acusado desenvolve atividade empresária (inciso I) e os casos em que não há atividade empresária (inciso II). Já o inciso III do já mencionado art. 37, segundo este entendimento, prevê a aplicação da responsabilidade subjetiva, ou seja, apenas nos casos em que houver culpa ou dolo, de administradores de pessoa jurídica empresária ou não empresária, tendo em vista

serem estes os responsáveis pela tomada de decisão e conduta da respectiva pessoa jurídica. Ainda [nas palavras do Conselheiro Sérgio Ravagnani](#) “*admitir interpretação diversa significa aceitar a existência de regime sancionatório mais gravoso à pessoa física não administradora do que ao administrador, o que não é lógico*”, uma vez que o texto da lei prevê a demonstração de culpa ou dolo apenas nos casos de pessoa física administradora.

Tal posição ainda não obteve maioria no Tribunal do CADE, mas poderá ser rediscutida com a entrada dos novos conselheiros ao final de 2023, bem como ser um tema levantado perante o Judiciário, em ações que peçam a anulação de decisões condenatórias do órgão antitruste.

Em paralelo a esta discussão, observa-se também a consolidação de uma tendência, bastante alinhada à guinada de *policy* norte-americana, de maior valor às multas aplicadas às pessoas físicas, seja em sede de acordos, seja em sede de condenações pelo CADE.

#### 3.2. Valor de multas e acordos no CADE

No que diz respeito ao valor das multas e contribuições pecuniárias devidas no contexto de investigações do CADE sobre condutas anticompetitivas, a atual composição do Tribunal do CADE tem sinalizado a necessidade de revisão dos fatores considerados no cálculo, especialmente porque os valores alcançados, em tese, não refletiriam a gravidade da conduta nem a vantagem auferida pelos infratores. Essa

é uma indicação de que o valor de multas e contribuições recolhidas no âmbito de processos administrativos deve seguir aumentando.

Ao longo das sessões do Tribunal do CADE notou-se um esforço especial do colegiado para a revisão da metodologia de cálculo das multas aplicadas a pessoas físicas participantes de condutas anticompetitivas. Muito embora o tema ainda esteja em

discussão [entre os Conselheiros](#), tem ganhado força a tese de que o CADE deve utilizar dados obtidos a partir da [Receita Federal](#), referentes aos rendimentos ou

ao patrimônio declarado pela pessoa física à Receita, com o fim de adequar o valor da multa à capacidade econômica do representado.

### 3.3. Aplicação de sanções não pecuniárias

Outro tema que deve ganhar relevância no próximo ano diz respeito ao uso cada vez mais recorrente de sanções não pecuniárias, aplicadas tanto a pessoas jurídicas como físicas.

Em casos mais recentes julgados pelo Tribunal os Conselheiros deram ênfase à aplicação de outras penas, além da multa, conforme previsto pelo art. 38 da Lei 12.529/11. Os Conselheiros destacaram que a própria lei prevê a aplicação destas penalidades não pecuniárias [quando a gravidade dos fatos ou o interesse público geral assim exigirem](#).

Dentre as possíveis penas aplicáveis aos infratores, além da multa, estão (i) a publicação de extrato da decisão do CADE em jornal de grande circulação; (ii) a proibição de participar em licitações públicas ou contratar com instituições financeiras oficiais, por até 5

anos; (iii) a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iv) a recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido parcelamento de tributos federais ou, ainda, que sejam cancelados incentivos fiscais ou subsídios públicos; (v) a recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator; (vi) a cisão, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade da sociedade infratora; (vii) a proibição do exercício de atividade comercial, em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, por até 5 anos; e, por fim (viii) qualquer outro ato ou providência que, a critério do CADE, sejam necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

### 3.4. Trocas de informações concorrencialmente sensíveis

A troca de informações sensíveis entre concorrentes tem sido vista de maneira cada vez mais rigorosa pelo CADE.

Historicamente, este tipo de conduta era [analisado pelo CADE](#) junto a outras ações mais gravosas, como, por exemplo, a formação de cartel. De forma autônoma, a troca de informações entre concorrentes era analisada [com base na chamada regra da razão](#), ou seja, somente poderia se falar

em violação à Lei 12.529/11 caso tal prática tivesse restringido a concorrência de forma não razoável, cabendo à autoridade aferir os efeitos negativos da conduta, que a tornariam ilegal.

Entretanto, no julgamento do cartel de postos de combustíveis de Joinville/SC, o [Conselheiro Luiz Hoffmann](#) sinalizou que a troca de informações concorrencialmente sensíveis poderia ser tratada como um ilícito *per se* (ou seja, desde que



comprovada a materialidade da conduta e o nexo causal, há a presunção absoluta de sua ilicitude) desde que tal conduta seja meio para a implementação de um cartel, e que, portanto, seriam “apenas em uma outra maneira escolhida pelos autores para se chegar ao mesmo

resultado que seria obtido mediante um cartel tradicional.”

Assim, a análise desse tópico segue em pleno desenvolvimento na autoridade antitruste brasileira, com o possível aumento no rigor pelo qual tais práticas são tratadas pela autoridade.

### 3.5. Antitruste e Mercado de Trabalho seguem na pauta

Em março de 2021, a Superintendência Geral do CADE instaurou o primeiro [Processo Administrativo](#) para apurar condutas envolvendo o mercado de trabalho. A dinâmica da conduta consistiu na suposta troca de informações concorrencialmente sensíveis (e.g. políticas de remuneração e benefícios) entre representantes de departamentos de recursos humanos de diversos agentes econômicos da indústria de *healthcare*.

Apesar de ser o primeiro processo sobre o tema no Brasil, condutas que afetam o mercado de trabalho já são foco de atenção de autoridades estrangeiras há algum tempo. Nos Estados Unidos, a interseção entre o Direito Trabalhista e o Direito Antitruste ganhou destaque a partir da publicação, em 2016, do [Guia Antitruste para Profissionais de Recursos Humanos](#). Em 2020, a OCDE também publicou uma [Nota](#) sobre a perspectiva concorrencial

do mercado de trabalho, reforçando as preocupações concorrenciais crescentes acerca desse mercado. De acordo com os referidos documentos, as práticas anticompetitivas mais comuns nos mercados de trabalho são os acordos de fixação de remuneração (*wage fixing agreements*), os acordos de não contratação de trabalhadores (*no-poach agreements*) e a troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Embora o único caso relacionado ao tema no Brasil ainda esteja em fase de instrução, a tendência aponta para mais investigações nesse sentido em breve. Esse movimento reflete também na necessidade das empresas adotarem maiores cautelas no que se refere a quaisquer trocas de informações com concorrentes, lembrando que é amplo o leque de informações consideradas concorrencialmente sensíveis e cujo compartilhamento pode configurar ilícito concorrencial.

## IV. CONDUTAS UNILATERAIS: TENDÊNCIAS

### 4.1. A nova Coordenação especializada em condutas unilaterais

Em maio deste ano foi criada a [Coordenação - Geral de Análise Antitruste II](#), vinculada à Superintendência Geral do CADE e responsável por receber e analisar denúncias, bem como apurar a ocorrência de condutas unilaterais restritivas à concorrência. Tais condutas ocorrem quando uma determinada empresa utiliza de forma abusiva sua posição dominante no mercado, o que decorre de condutas como fixação de preço de revenda, recusa de contratar, preços predatórios, entre outras.

### 4.2. Plataformas digitais: publicidade pode ser alvo preferencial

As plataformas digitais permanecem como pauta central da agenda antitruste global, movimentando intensas discussões sobre o nível adequado de intervenção concorrencial, a pertinência de [adoção de medidas preventivas \(\*interim measures\*\) no curso de investigações](#), e a necessidade de regulação *ex ante*, sobretudo após a implementação do [Digital Markets Act](#) na União Europeia.

Investigações e iniciativas legislativas recentes podem indicar um alvo preferencial na abordagem antitruste em relação às plataformas digitais: **o setor de publicidade online**.

Nos Estados Unidos, essa tendência tem se revelado a partir de iniciativa no Senado de promulgar um [Digital Advertising Act \(“DAA”\)](#), com o estabelecimento de regulação específica para agentes

A criação desta nova coordenação está alinhada ao objetivo já declarado pelo Superintendente Geral do CADE, Alexandre Barreto, de reforçar a capacidade do órgão para o combate a condutas unilaterais. Tal iniciativa também atende à recomendação feita pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que propôs que ações de combate a esse tipo de conduta fossem intensificadas.



que atinjam determinados critérios de faturamento com propaganda online. A proposta geral do DAA é mitigar a estrutura verticalizada do setor e impedir que tais agentes possam atuar simultaneamente em segmentos definidos da cadeia de anúncios digitais, minando os ecossistemas de propaganda digital, como aqueles detidos pelo Google e pelo Facebook.

No Brasil, [a abertura de investigação contra o Google e o Facebook](#) parece indicar um caminho similar. Diretamente motivado por notícias internacionais sobre a possível prática anticompetitiva,

o CADE decidiu apurar acordo firmado entre as plataformas, conhecido internacionalmente como “Jedi Blue”, por meio do qual, supostamente, o Google garantiria condições especiais ao Facebook nos leilões de anúncios digitais em troca de uma postura de

não-concorrência no mercado de publicidade online. A investigação está em curso e será um caso importante para indicar como a autoridade brasileira vai se posicionar em relação às plataformas digitais e a publicidade online.

### 4.3. Medidas Preventivas

O ano de 2022 foi marcado por uma série de discussões sobre concessão de Medidas Preventivas no âmbito do direito concorrencial, tendência que deve continuar no ano de 2023.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou um documento em junho de 2022 analisando a concessão de Medidas Preventivas no contexto de investigações antitruste em diferentes jurisdições. O documento, além de destacar os critérios que devem ser sopesados na aplicação das Medidas Preventivas, também ressalta que tais medidas, apesar de serem uma importante ferramenta para melhorar a eficácia da aplicação da legislação antitruste, devem ser cuidadosamente consideradas caso a caso.

No âmbito do CADE em 2022, vale citar o caso [Ambev/Heineken](#), em que se concedeu Medida Preventiva para impedir que a Ambev assinasse ou renovasse contratos de exclusividade relativos a vendas de cervejas em bares, restaurantes e casas noturnas em determinados locais, bem como estendeu a restrição para a Heineken dentro das Unidades de Federação, cidades ou conjunto de bairros nos quais a empresa possuía 20% ou mais de fatia de mercado. Outro caso com desdobramento relevante envolveu Gympass e Totalpass, em que o Tribunal do CADE [concedeu](#)

[Medida Preventiva](#) determinando que a Gympass suspendesse imediatamente os acordos de exclusividade com academias e outros estabelecimentos, bem como as obrigações decorrentes de cláusulas de *most favored nation*. Após, a Gympass negociou um [Termo de Cessação de Conduta \(TCC\)](#) com o CADE, homologado em setembro, prevendo restrições mais brandas que as originalmente determinadas na MP.

Apesar do incremento do volume de Medidas Preventivas concedidas pelo CADE nos últimos anos, nota-se a reversão de grande parte das Medidas Preventivas que foram judicializadas, o que pode sinalizar, de um lado, a [necessidade de maior cautela por parte da autoridade na utilização desta ferramenta](#) ou, de outro lado, que o Poder Judiciário pode não estar tão preparado para a análise de matérias dessa natureza (em linha com a antiga discussão sobre a competência do Judiciário na revisão de matérias de competência de autarquia especializada). De todo modo, acreditamos que em 2023 o CADE manterá a tendência de concessão de Medidas Preventivas, tendo em vista a importância dessa ferramenta para a imediata suspensão dos efeitos de condutas anticompetitivas.

## V. ATOS DE CONCENTRAÇÃO

### 5.1. Manifestações do novo Superintendente Geral sobre maior agilidade na análise dos casos

Nos últimos anos, verificou-se um aumento expressivo no número de operações econômicas que preenchem os requisitos previstos na Lei nº 12.529/2011 para notificação obrigatória ao CADE, sendo que em 2022 foram analisados 670 atos de concentração (um aumento de 9% em comparação a 2021, de 32% em comparação a 2020 e de 42% em comparação a 2016).

Em razão disto, a autoridade concorrencial vem analisando formas de tornar a sua análise mais célere e eficiente. Ainda que, até o momento, nenhuma mudança tenha sido efetivamente implementada, a atenção está voltada para os casos considerados menos complexos, ou seja, aqueles sujeitos ao rito sumário e envolvendo mercados considerados menos preocupantes sob a ótica concorrencial.

Em linha com o discurso de maior agilidade na análise dos casos, a



Superintendência-Geral do CADE vem analisando a possibilidade de que as operações submetidas sob o rito sumário sejam apresentadas diretamente no sistema do CADE, como uma espécie de formulário eletrônico. Também já se cogitou a possibilidade de que sejam utilizados pareceres pré-elaborados para mercados específicos com alta demanda de notificações e em que em geral não há preocupações concorrenciais, como por exemplo, o setor de energia elétrica.

Trata-se de medidas que foram aventadas pelo SG e Presidente do CADE em manifestações públicas, mas até o momento não se tem conhecimento de ações efetivas para implementação.

### 5.2. Novo guia de análise de operações verticais

Em junho de 2022, o CADE instituiu um grupo de trabalho responsável pela elaboração de um guia para a análise de concentrações verticais, o “Guia V”. No entanto, apesar da expectativa em relação à publicação do Guia ainda em dezembro, no Seminário Internacional de Defesa da Concorrência promovido pelo IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comercio Internacional) em outubro, o tema foi debatido e se ressaltou

algumas preocupações e dificuldades na elaboração de um guia voltado à análise de operações verticais. Espera-se que haja uma sinalização do CADE acerca da publicação da versão preliminar do Guia V ainda no primeiro semestre de 2023.

Veja-se que a elaboração do Guia (assim como a dificuldade em se estabelecer parâmetros para a análise de operações desta natureza) está em linha com tendência internacional de aprofundamento das

discussões sobre integrações e restrições verticais. Na Europa, a Comissão Europeia lançou em maio de 2022, [uma nova versão do seu Guia sobre Restrições Verticais](#), conjuntamente com o Regulamento de Isenção por Categoria Aplicável aos Acordos Verticais (VBER), com o intuito de modernizá-lo e adequá-lo ao contexto dos mercados digitais.

Nos Estados Unidos, as autoridades antitruste publicaram em 2020 o guia de

operações verticais, que acabou sendo revogado em setembro de 2021 após as próprias autoridades entenderem que o [documento](#) continha teorias econômicas que não seriam sustentadas pela lei ou pela realidade do mercado. No início de 2022, a FTC (Federal Trade Commission) e o DOJ (Department of Justice) anunciaram uma [revisão de seus guias de análise atos de concentração](#), tanto horizontal quanto vertical, mas que ainda não foi publicada.

### 5.3. Modificação sutil do critério de identificação de grupo econômico para fins de cálculo do faturamento

Em [julgado recente](#) que pode implicar uma modificação importante da postura recente da autoridade e aumentar o número de casos notificados, o Conselheiro Gustavo Augusto apresentou considerações importantes sobre o grupo econômico para fins do cálculo de faturamento, no sentido de que todas as empresas que tenham controle, ou seja controladas, em percentual acima de 20% são consideradas como fazendo parte do mesmo grupo econômico.

Dessa forma, a definição de grupo econômico prescindiria da análise de considerações acerca da estrutura societária ou direitos políticos de sócios, bastando o exame da participação societária. Como justificativa para o seu entendimento, o Conselheiro Gustavo Augusto aponta que os critérios de notificação devem ser objetivos e de fácil compreensão, para que seja claro o que deve ser, ou não, notificado previamente ao CADE, embora a Resolução nº 33/2022 mantenha os conceitos de controle societário em seu art. 4º.

### 5.4. Casos especiais de notificação de aquisições de ativos: imóveis e casos envolvendo a autoprodução/geração distribuída de energia

Os precedentes do CADE referentes à aquisição de ativos passaram por uma evolução considerável nos últimos anos, e, em especial, em 2022. De modo geral, é possível extrair o entendimento de que o CADE tem considerado como de notificação obrigatória as operações que envolvam (i) ativo essencial à atividade econômica do comprador,

independentemente do ativo ser operacional ou não e (ii) o incremento de capacidade produtiva, sendo que tais requisitos não seriam cumulativos, segundo alguns dos precedentes mais recentes da autarquia.

Nesse sentido, destaca-se que o entendimento do CADE tende a caracterizar, cada vez

mais, a aquisição de ativos de bens imóveis como atos de concentração para fins da Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência), caso os grupos envolvidos atinjam o critério de faturamento. Cita-se, como exemplos de operações analisadas pela autarquia em 2022, a aquisição de prédio corporativo da Oi S.A. no Rio de Janeiro/RJ por fundos de investimento imobiliário para locação comercial, a aquisição de imóvel de planta de fabricação de veículo da Ford em Taubaté/SP por incorporadora imobiliária (Grupo São José) e a aquisição, pelo Grupo São José, de terreno localizado no Rio de Janeiro/RJ junto com projeto para fins de realização de incorporação imobiliária residencial.

No último ano também vivenciamos um aumento substancial no número de operações no setor de autoprodução de energia elétrica. A autoprodução é um modelo regulatório estabelecido pelo Decreto nº 2.003/1996 e pela

Lei nº 11.488/2007 para viabilizar a geração de energia elétrica destinada ao consumo próprio exclusivo. A Lei nº 11.488/2007 estabelece que será equiparado ao autprodutor o consumidor que atenda, cumulativamente, a alguns requisitos, sendo um deles a participação em Sociedade de Propósito Específico (“SPE”) constituída para explorar, mediante autorização ou concessão, a produção de energia elétrica. Desta forma, embora as operações deste setor na maioria das vezes não sejam analisadas como aquisição de ativos, nota-se que as SPE’s são constituídas para cumprimento da regulação, com a finalidade única de alocação dos ativos, como usinas e UFV’s. Assim, ambas as formas de estruturação das operações envolvendo autoprodução poderiam ser de submissão obrigatória à autoridade, seja aquisição de participação societária ou aquisição de ativos, desde que preenchidos os critérios necessários.

## 5.5. Postura mais combativa contra grandes concentrações chegará ao Brasil?

Com a entrada da Administração Biden nos Estados Unidos, o cenário antitruste internacional tem sido marcado por uma convergência particular e incomum entre as duas principais jurisdições concorrenciais – Estados Unidos e União Europeia.

Com a promessa de retomar as preocupações antimonopolistas originárias do antitruste e, assim, desempenhar uma atuação mais incisiva em favor da concorrência e contrária aos grandes conglomerados, a Administração Biden

tem adotado postura mais combativa e rigorosa em relação às concentrações empresariais. Com isso, os Estados Unidos se aproximam da posição já consolidada da União Europeia de maior intervenção e cautela em relação às *big tech* e até mesmo em relação às concentrações verticais, que antes despertavam menores receios nas autoridades antitruste.

Assim, os Estados Unidos, por meio do Federal Trade Commission (FTC) e do Department of Justice (DOJ), têm expressamente



indicado que vão revisar as diretrizes sobre as concentrações verticais – i.e., que envolvem agentes em níveis distintos de uma mesma cadeia produtiva – e elevado o escrutínio em relação às fusões e aquisições em geral, com a contestação de um **maior número de operações**. Como exemplo, o FTC já apresentou ação para bloquear a **operação entre Microsoft e Activision**, sendo que essa mesma operação também está sendo contestada e sujeita a restrições pela **Competition and Markets Authority**, do Reino Unido.

No Brasil, distintamente, a mesma aquisição da Activision pela Microsoft já foi aprovada

sem restrições pelo CADE, o que poderia indicar uma postura menos intransigente em relação ao aumento de concentração. Ao mesmo tempo, o desenvolvimento de um Guia sobre Concentrações Verticais pode levar a uma maior aderência, por parte do CADE, às mesmas preocupações com integrações verticais. Sabe-se, inclusive, que o CADE tem conversado com representantes do FTC e DOJ sobre o Guia. Há, portanto, uma possibilidade concreta de o CADE adotar uma postura mais agressiva e semelhante àquela que vem se delineando nas jurisdições americanas e europeias, o que ficará mais claro ao longo de 2023.

## 5.6. Inflação X Concentração?

A alta da inflação em nível global reacendeu as discussões sobre a relação entre **níveis de competição e concentração de mercado e o arrefecimento ou aceleração da inflação**.

Nos Estados Unidos, que registraram a **maior alta inflacionária nos últimos 40 anos**, as medidas adotadas para controle da inflação se voltaram para as autoridades antitruste como instrumentos para conter a alta de preços, na medida em que a Administração Biden parcialmente **atribui a elevação dos preços à concentração empresarial e de mercado**. Grandes empresas em setores estratégicos da cadeia produtiva, como o petroleiro e o frigorífico, foram alvo de investigações pelos órgãos reguladores sobre

o **aumento de preços**, ainda que tais medidas tenham sido **amplamente questionadas**.

A identificação do aumento de concentração econômica como uma das causas para o aumento de preços e, por conseguinte, para o **acirramento da inflação** em outras jurisdições poderia incentivar uma abordagem mais interventiva da autoridade antitruste brasileira.

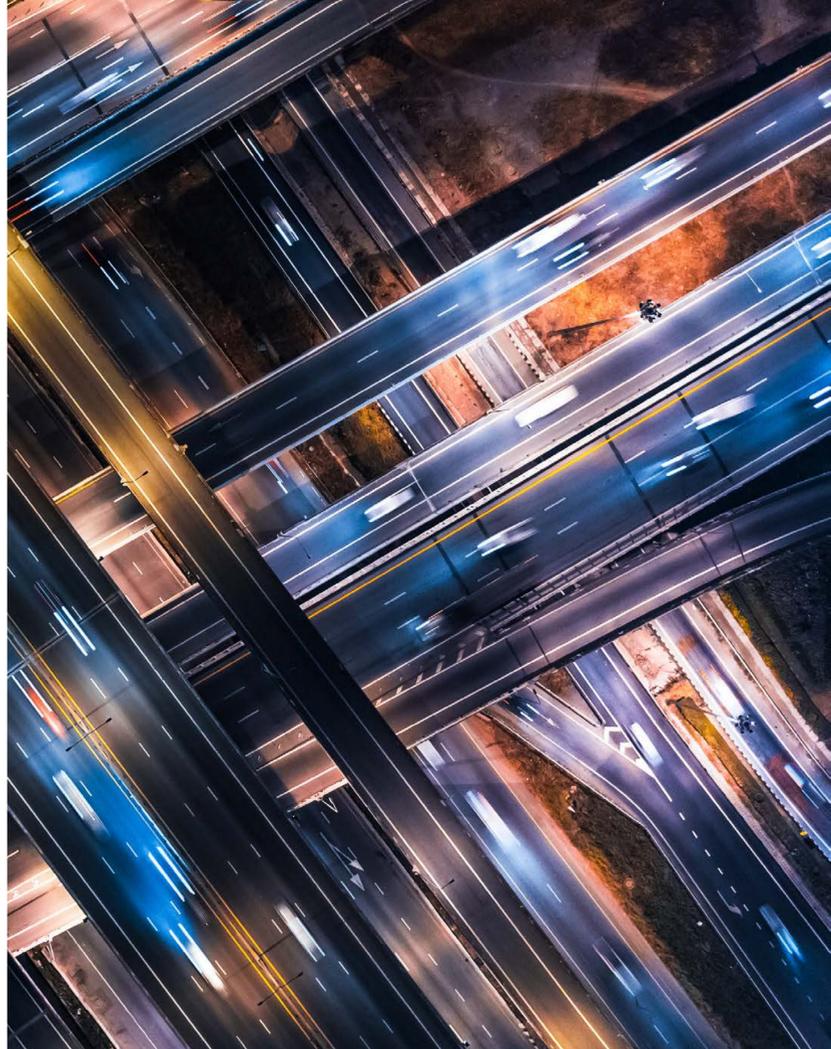
O debate, ainda que timidamente, também parece ter sido **retomado no Brasil**. Com uma perspectiva econômica futura ainda duvidosa e com perspectiva de aumento de juros, este tópico poderá assumir relevância em 2023, sobretudo em razão do contexto de inflação no mundo e da

mudança no governo, que coloca a pauta econômica como sua prioridade central.

### 5.7. *Killer acquisitions* no radar?

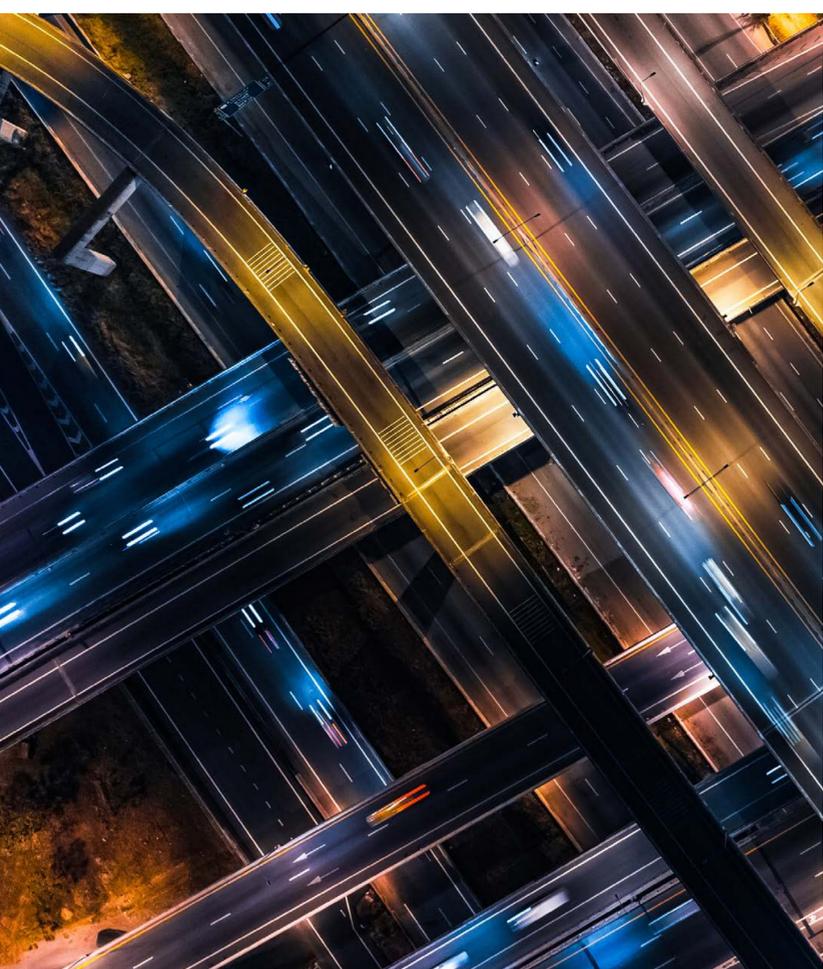
*Killer acquisition* representa a hipótese de uma empresa adquirir outra, com o objetivo de promover o encerramento de suas atividades inovadoras ou a paralisação do desenvolvimento de um produto considerado uma ameaça competitiva à empresa compradora. A doutrina americana tradicional explora esse tema especialmente ao analisar o mercado farmacêutico e o desenvolvimento de patentes. Porém, mais recentemente, os mercados digitais também vêm ocupando posição destacada nesse debate.

Nesse sentido, um dos exemplos mais nítidos de uma *killer acquisition* aprovada pelos órgãos antitrustes quando de sua análise, foi a aquisição do Instagram e do WhatsApp pelo Facebook. Em uma tentativa de correção *ex post*, o Federal Trade Commission (“FTC”) **ajuizou uma ação** contra o Facebook, em 2020, em busca de medidas que poderiam resultar na alienação de ambas as empresas adquiridas.



Esse caso sinaliza a dificuldade das autoridades antitruste em identificar potenciais *killer acquisitions* no controle preventivo (análise *ex ante*) tradicional. A linha tênue entre intervenção excessiva e manutenção da efetiva concorrência nos mercados é latente nessa discussão, evidenciando a necessidade de uma reflexão robusta por parte das autoridades a respeito do modo que tais aquisições são investigadas pelas agências. Uma das possíveis soluções já esboçadas pelo CADE seria a readequação dos critérios de faturamento para notificação, na tentativa de aprimorar o filtro dessas operações, dado que muitas delas sequer atingem o critério de faturamento mínimo.

Contudo, surgem alguns empecilhos para essa mudança, como uma possível elevação no número de operações notificadas, a incerteza em relação à efetividade dos novos critérios estabelecidos, entre outros fatores. De qualquer forma, o debate acerca de como lidar com *killer acquisitions* deve se tornar mais relevante no contexto brasileiro, principalmente em função do acelerado ritmo em que são criadas startups com modelo de negócio disruptivo.



# Nossa atuação

## Concorrencial e Antitruste

Nossa equipe especializada em Concorrencial e Antitruste acompanha de perto as mudanças e atualizações que impactarão o setor brasileiro. Para obter mais esclarecimentos sobre esses ou outros temas que sejam de seu interesse, entre em contato com nossos profissionais.



**José Carlos Berardo**  
zeca.berardo@lefosse.com  




**Juliana Daniel**  
juliana.daniel@lefosse.com  




**Elen Lizas**  
elen.lizas@lefosse.com



**Maria Luiza Geraldi**  
maria.geraldi@lefosse.com



**Marilia Avila**  
marilia.avila@lefosse.com

# Lefosse



Siga-nos  
no LinkedIn

[www.lefosse.com](http://www.lefosse.com)

## SÃO PAULO

Rua Tabapuã, 1227, 14º andar  
04533-014, Itaim Bibi  
São Paulo, SP, Brasil  
+55 11 3024-6100

## RIO DE JANEIRO

Av. Presidente Wilson, 231, CJT 2703  
20030-905 Centro  
Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
+55 21 3263-5480